

APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO E INTOLERANCIA (ESTUDIO DE UN EJEMPLO)

Fernando Galindo

Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Introducción.—II. Pluralidad cultural y complejidad: marco de las actividades jurídicas en una sociedad democrática.—III. Aplicación judicial del Derecho: 1. CARACTERÍSTICAS. 2. POLÍTICAS: a) *Sobre la justificación*. b) *Selección de modelos*. c) *Eficiencia*. d) *Imparcialidad*. e) *Comunicativa*. f) *Pre-lación de modelos*.—IV. Los casos: 1. LOS HECHOS: A) *El asunto de Mancha Real*: a) Los conflictos. b) La sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén. c) La sentencia del Tribunal Supremo. B) *El asunto de Fraga*: a) Los conflictos. b) La sentencia del Juzgado Penal de Huesca. c) La sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca. 2. LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS: A) *El asunto de Mancha Real*: a) La sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén. b) La sentencia del Tribunal Supremo. B) *El asunto de Fraga*: a) La sentencia del Juzgado Penal de Huesca. b) La sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca.—V. Consideraciones críticas.—VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN



El objeto de este trabajo es presentar mediante el estudio de cuatro sentencias sobre conflictos sucedidos no hace mucho tiempo en España en dos lugares: Mancha Real, provincia de Jaén, y Fraga, provincia de Huesca, cómo resoluciones estrictamente técnicas de conflictos concretos, guiadas por la puesta en práctica de los principios de legalidad e igualdad ante la ley, no consideran en toda la gravedad que tienen hechos de triste reiteración como son la expulsión de su residencia habitual de

ciudadanos de etnia gitana, lo sucedido en Mancha Real, o la expulsión del lugar de trabajo de inmigrantes de origen magrebí, caso de Fraga.

A efectos de mostrar la gravedad y presentar, inicialmente, una solución filosófico-jurídica¹ al problema, aquí se expresa brevemente, en primer lugar, cuál es el ámbito genérico de las actividades jurídicas en un contexto plural como el que se vive habitualmente en una sociedad democrática. A continuación se da cuenta de las características fundamentales de la aplicación judicial, haciendo mención, sintética, de varias políticas o composición de mecanismos posibles para dicha aplicación. En tercer lugar se relatan, selectivamente, las características de los conflictos considerados, tal y como fueron acordadas por los implicados, sus representantes legales —abogados—, acusación particular —más organizaciones no gubernamentales en el caso de Fraga—, fiscales, jueces y magistrados que intervienen en los mismos; también se recogen los argumentos jurídicos más significativos utilizados en las sentencias. En cuarto lugar se manifiesta la insuficiencia de estos argumentos y, por ello, en cierta medida, su intolerancia, en cuanto que la opción valorativa seleccionada, debido a su generalidad, impide hacer presente la particularidad, a la vez que gravedad, de los conflictos a través de los procesos de aplicación del Derecho acontecidos. Finalmente, se concluye.

II. PLURALIDAD CULTURAL Y COMPLEJIDAD: MARCO DE LAS ACTIVIDADES JURÍDICAS EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

Discurrir sobre cualquier tema requiere mostrar desde el comienzo el punto de partida u horizonte a efectos de precisar el marco de la reflexión. Este marco hoy no puede ser menos, cuando hablamos de fenómenos sociales en una sociedad caracterizada por la convivencia democrática, que el de la complejidad que señala, en coherencia con el mismo principio de asociación democrática, el respeto al hecho de la pluralidad cultural en el que desenvolvemos todas nuestras actividades.

Hablamos de pluralidad cultural porque la atribución de esta nota a nuestra sociedad no requiere mayor justificación, en virtud de que tal hecho es evidente a todos los ciudadanos, sin que para ello se precise ni siquiera tener contactos reales, sentidos, con la vida diaria. Es conocido que los medios de

¹ Los argumentos jurídicos de carácter penal que a lo largo del trabajo se exponen nunca pueden hacer olvidar que el interés del artículo está centrado exclusivamente en aportar argumentos a filósofos del Derecho.

comunicación traen hasta nuestra casa la existencia de múltiples ambientes vivos al mismo tiempo, con peculiaridades propias, a la vez que uniformados por el hecho de que su vida se nos presenta mediatizada por la impronta que les marca el medio o canal de comunicación a través del cual tenemos conocimiento y consciencia de la heterogeneidad de tales ambientes y culturas.

La sensación de multiculturalidad es nueva, además de la globalidad que, paradójicamente, también es propia de nuestra sociedad. Veamos.

Hasta la caída del «Bloque de Acero» se vivía en otro ambiente. Recuérdese que con la guerra fría existían dos bloques que delimitaban, separándolas al mismo tiempo, a dos culturas o mundos de vida. Todavía más: desde antes de la guerra fría, a lo largo del XIX, sólo había consciencia de un bloque o una cultura: la liberal, secularizadora, que se instalaba frente a la heterogénea, religiosa y medieval del Antiguo Régimen.

Todo esto se dice asumiendo el carácter simplificador de estas afirmaciones, una vez que si bien están justificadas porque sirven para explicar el aire de los tiempos, son, en cierto modo, reductoras porque, como es sabido, a lo largo del tránsito del XIX al XX, con la sociedad de masas, se produjeron varias manifestaciones políticas y especialmente filosóficas que ya hacían referencia al hecho de la pluralidad de culturas, y muy en especial al de las corrientes políticas que se veían las caras en la arena parlamentaria especialmente. Lo que sucede es que estas corrientes o filosofías de la pluralidad, como es sabido, han permanecido a lo largo del período de guerra fría ocultas, en forma testimonial prácticamente, una vez que el éxito en este tiempo fue obtenido por opiniones constituidas por las simplificaciones hechas por los bloques culturales, del Este y del Oeste, dominantes, que, en todo caso, abogaban por la uniformidad de sus respectivas ideologías: «socialista del Este» y liberal.

La verdad es que no es sino hasta los años noventa que no se hace patente, a la vez que global, universal e irremediable, el fenómeno de la pluriculturalidad. Hechos tan significativos como los desplazamientos masivos de personas del Sur al Norte o del Este al Oeste, o en España fenómenos como la concreción de la democracia en el asentamiento de las Comunidades Autónomas, han hecho visible y presente la heterogeneidad y con ello, entrando ya en el terreno del Derecho, la insuficiencia de las consideraciones acerca del mismo que se han hecho especialmente a partir del positivismo jurídico, cuando éste, siguiendo las propuestas liberales del XIX, reduce el Derecho al atributo de norma dictada, siguiendo un procedimiento, por el Parlamento. Y esta propuesta positivista no es lo problemático, la peculiaridad del positivismo reside en que un buen sector de quienes patrocinan esta forma de ver el Dere-

cho no fue consecuente con el estudio completo de las leyes y los procedimientos y propuso considerar a las leyes en abstracto: como normas, textos o instrumentos exclusivamente ².

El panorama jurídico es todavía más complejo. Ha de tenerse en cuenta que la escasa capacidad de reacción del positivismo, la persistencia en considerar que el Derecho es lo mismo que normas abstractas, la supervivencia del sistema cultural liberal que sustenta las raíces formales del ordenamiento y, en especial, la conciencia derivada de lo anterior de que el estudio de la realidad social en cuanto que global compete a otros profesionales (sociólogos, economistas o ingenieros), han hecho proliferar en los últimos años actuaciones jurídicas regidas no tanto por principios reconocidos en las leyes, en cuanto que ellas son consideradas sólo instrumentos excesivamente formales, cuanto que reglas de carácter técnico pero de carácter y contenido distinto al jurídico, económico fundamentalmente. Así ante la complejidad de la sociedad actual, que requiere tratamiento concreto de los problemas, más allá de lo formal, se ha pasado a gobernar atendiendo de forma prácticamente exclusiva a criterios económicos o tecnocráticos, dejando, en segundo lugar, para cuando surgen problemas, la apreciación de que las normas aprobadas por los Parlamentos, pese a la interpretación positivista, son reglas de conducta complejas que obligan en toda su particularidad, en coherencia con su aprobación democrática, a todos los poderes, como testimonia el inacabable conjunto de escándalos político-económicos que sucede en los últimos años en prácticamente todos los países desarrollados.

Por estas deficiencias hasta se ha llegado a gobernar atendiendo en forma exclusiva a teorías económicas determinadas, con lo que ello implica de simplificación de la realidad hasta convertirla en casos típicos resolubles por hipótesis establecidas previamente, en lugar de demandar la expresión de toda su complejidad y adaptar, asumiendo dicha complejidad, las actuaciones concretas, la planificación o los programas de gobierno a ella.

Con ello no es de extrañar que el uso de mecanismos diferentes al Derecho en la resolución de conflictos sociales sea una práctica reiterada en la actualidad. Tal vez sea lo propio de un período de transformaciones sociales y crisis como el que nos encontramos, en virtud de que se hace especialmente evidente la pluralidad cultural y por ello la insuficiencia de soluciones simplistas como la liberal interpretada únicamente por medio del positivismo jurídico formalista. El mayor peligro viene de que con esta actitud parece como si las viejas soluciones, las leyes, no sirvieran para estos tiempos, los tiempos de crisis.

² Kelsen y sus seguidores constituyen el paradigma mencionado.

Aquí ha de apuntarse una rotunda discrepancia con este diagnóstico porque cuestión previa a responder antes de poder hacer una afirmación como la expresada es la siguiente, ¿no sirven las leyes o no sirve el uso que de las leyes hacen los juristas atendiendo a lo que proponen los que realizan un estudio formal de las mismas?

Las leyes sirven. Es un principio ampliamente reconocido, y mucho más tras la caída del muro de Berlín, el que dice que las leyes son el medio de expresión, limitado, insuficiente, pero efectivo del que se valen los ciudadanos para ejercer la democracia. Además, como es natural, las leyes y demás normas del ordenamiento son utilizadas en la resolución de conflictos por los ciudadanos y, en última instancia, por los juristas. La respuesta a la cuestión anterior más bien ha de apuntar, por tanto, a que lo que en verdad se muestra escasamente útil es «una» manera de ver el Derecho: la que ha sido la dominante en nuestra cultura desde los comienzos del Estado liberal, la que se denomina positivista. En especial aquella versión del positivismo que reduce el estudio del Derecho al de textos abstractos, considerados mejores en cuanto que más formales o depurados se plantean.

Esto significa reconocer que las leyes sirven y que también sirve algo más: los hechos, la manera de ver las cosas, los valores, y lo que viene a denominarse los principios, en definitiva las razones o el entorno en el que las leyes se actúan. Dicho de otra forma, sirve, además, la inteligencia de que el Derecho se realiza democráticamente no sólo a través de las elecciones de los representantes parlamentarios y su obra las leyes, sino también a través de acciones concretas o actividades de profesionales, instituciones u organizaciones, que están legitimadas siempre por su aceptación por los ciudadanos, expresada a través del control democrático ejercido por los mismos, el cumplimiento de las leyes y el seguimiento de los procedimientos que las mismas prescriben. Esto es lo mismo que reconocer que esta forma de considerar el derecho es coherente con la realización de la democracia y la pluralidad cultural en los tiempos de la globalidad.

A lo dicho es conveniente añadir que tan reduccionista a estos efectos es el positivismo como otra corriente jurídica: el iusnaturalismo. Este último limita sus propuestas a decir que lo que importa jurídicamente no son los textos o las normas sino los valores, que trascienden a los textos. La insuficiencia de esta corriente de opinión reside en que deja en segundo lugar a las leyes y pone un énfasis prácticamente exclusivo en los valores, a la vez que no se preocupa por las actividades.

Por todo lo cual y dado que todavía no se ha expandido con suficiencia el hábito de considerar el Derecho como actividades, aproximación al Derecho a la que, continuando las propuestas realizadas por la Metodología jurídica,

denominamos acercamiento o explicación comunicativa³, no es de extrañar que se elaboren y obtengan éxito respuestas dadas para problemas sociales por otros profesionales u otros sectores de la organización social que, al menos, hacen uso de mecanismos ampliamente extendidos y reconocidos como los de la Economía o los datos expresados por las encuestas sociológicas, una vez que sus fundamentos, aparentemente, tienen más firmeza, «son científicos», que los propiamente jurídicos usados por los profesionales del Derecho. Las dificultades de estas prácticas residen en que, como antes mencionábamos, alejan de las leyes, conduciendo, a veces, a sus practicantes al terreno de la ilegalidad incluso penal como es de sobra conocido. Estas posiciones, ensimismadas en la magia que en la presente época suscitan la ciencia y la técnica, no son conscientes de que los instrumentos no son neutros, y que la virtualidad de su uso depende de que éste sea conforme con lo aprobado al respecto por la sociedad en la cual los instrumentos se manejan, a través de las leyes y las prácticas democráticas de los ciudadanos, canalizadas informalmente en ocasiones a través de la práctica de las denominadas organizaciones no gubernamentales, en otras ocasiones gracias al poder de los medios de comunicación.

De ahí que en el presente trabajo mostremos con el estudio de varios ejemplos de resoluciones concretas cómo el señalamiento de las características de las actividades de los juristas y su adecuación o no a las leyes y los valores reconocidos en una sociedad, es una forma más adecuada de aplicar y explicar el Derecho en una sociedad plural que la explicación simplificadora que proponen las posiciones positivista o iusnaturalista. De otra forma la actuación meramente positivista trae como consecuencia, como mostramos en las sentencias estudiadas, una cierta injusticia en este caso en forma de ratificación de actitudes sociales de intolerancia para con las minorías.

III. APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

1. CARACTERÍSTICAS

La aplicación del Derecho es el conjunto de acciones que requiere la resolución de un conflicto social concreto mediante la utilización de procedi-

³ Esta posición ha quedado expuesta en: GALINDO, F., «El acceso a textos jurídicos. Una introducción práctica a la Filosofía del Derecho», Zaragoza, Mira, 1993, y GALINDO y otros, «El concepto de Derecho. De la argumentación a la comunicación», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, pp. 223-254. En cuanto que «no positivista» esta posición está próxima a la de Alexy explicada en: ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 13 y ss., 123-126.

mientos y textos legales. Precisa la realización de otras actividades jurídicas: acceso a textos jurídicos e interpretación del Derecho, fundamentalmente. Consiste en la averiguación de las características de los hechos conflictivos, la fijación de la cuestión de hecho y el señalamiento de la relación de los mismos con el Derecho pertinente, la fijación de la cuestión de Derecho, siguiendo el o los procedimientos establecidos por las leyes.

La actividad se realiza por juristas que colaboran en la generación de decisiones jurídicas, sean éstas adoptadas en el ámbito judicial, en el ejecutivo o en el legislativo.

La actividad de la aplicación del Derecho está ligada en mayor medida que otras actividades jurídicas a las valoraciones en las que creen los diversos sujetos que participan en su realización. Ha de tenerse en cuenta que siempre se realiza con ocasión de casos o asuntos conflictivos cuya resolución, en principio, no depende tanto del razonamiento o, incluso, del acuerdo de las partes implicadas, cuanto de la resolución de la autoridad, fundamentalmente del juez, que es competente porque tiene potestad para ello recibida del Estado. Dicha resolución ha de matizarse en lo relativo a la autonomía que la expresión sugiere, porque en el caso de la aplicación del Derecho a través de los órganos judiciales, la aplicación jurídica típica, nos encontramos siempre con que se produce tras la puesta en práctica de un procedimiento tasado por las leyes procesales, en forma más o menos rígida y por la consideración de leyes sustantivas o criterios de justicia. El procedimiento exige comportamientos de carácter argumentativo de los participantes en el mismo: el juez, el fiscal, los juristas representantes de las partes en conflicto, las partes y los testigos. Al final, en última instancia, se produce la resolución del juez, la cual, pese a que puede ser revisada o recurrida, lo que le obliga a estar en correspondencia con los criterios de justicia admitidos mayoritariamente, se caracteriza por ser emitida atendiendo a los argumentos expuestos en el proceso y a la «conciencia»: uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho es el de la independencia de los jueces.

La aplicación judicial del Derecho tiene, por tanto, las siguientes características peculiares⁴. Ha de tenerse en cuenta que en esta aplicación siempre existen, al menos, dos partes enfrentadas por un problema concreto, el cual ha de resolverse procesal o procedimentalmente por una persona, el juez, atendiendo a (1) los intereses enfrentados en el pleito, (2) al reconocimiento probado median-

⁴ Véase una fijación de la labor del juez similar a la que aquí se establece en: LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, pp. 328-333.



te testimonios de las partes, peritos o testigos, de las posiciones de los actores y a (3) los textos jurídicos alegados o alegables, bien sean las leyes, los reglamentos, la Constitución, otras decisiones judiciales o las mismas costumbres.

Dadas las características de esta actividad de juristas y el amplio margen de maniobra que, en todo caso, posee quien la realiza, está ampliamente admitida su calificación como ponderación o valoración, y por lo mismo lejanos ya los tiempos en los que de ella se decía que era y debía ser considerada una mera subsunción. Esto significa reconocer que en ella influyen sobre manera los prejuicios o valores sociales en los que creen, especialmente, los juristas que la ponen en práctica, pero también las partes y testigos implicados en la misma. No es de extrañar que, en coherencia con estas circunstancias, y con las exigencias de la democracia, el principio de participación, que requiere tener en cuenta a todos los ciudadanos en todas las actividades jurídicas, el Consejo General del Poder Judicial, órgano de gobierno del mismo, sea nombrado por el Parlamento, o que los ciudadanos puedan participar en la Administración de Justicia a través de la institución del Jurado. Coherentemente con ello al Juez le compete organizar los argumentos atendiendo a cualquiera de las ordenaciones usuales o políticas de acción reconocidas en nuestra sociedad, estén o no manifiestas en el proceso.

2. POLÍTICAS

a) *Sobre la justificación*

La diferencia de valores en la sociedad responde a la circunstancia de que cualquier actividad es realizada por los individuos en virtud de una o varias razones. En nuestras actitudes de entre las varias hipótesis o posibilidades de acción elegimos la que consideramos pertinente. En definitiva, la que estimamos más adecuada o más justificada. Esto se encuentra en todos los comportamientos.

Más en concreto. Elegimos un automóvil porque nos hace falta, tenemos dinero o crédito y el modelo elegido nos gusta. El juez da una sentencia para con un determinado caso optando por la aplicación de determinada norma porque considera que esa norma es la más adecuada al caso, ponderadas sus circunstancias. Un informático se decide con respecto a un determinado método de análisis de una realidad concreta para la cual elaborará un programa, porque considera que el método elegido es el más adecuado para el fin concreto que ha de satisfacer el programa.

En las sociedades abiertas, expresión utilizada desde Popper para designar a las sociedades democráticas, la justificación o legitimación de las activi-



dades depende en última instancia de la propia conciencia. Ello es lo mismo que decir que ante un problema uno, personalmente, elabora la hipótesis inicial de solución. E inmediatamente después contrasta esta solución con la experiencia y confirma si la solución tiene sentido o no. En todo caso, la decisión es adoptada por uno, pero precisa del contraste con lo que se admite que se ha de hacer cotidianamente en situaciones similares. Esta actitud es distinta a la mantenida en sociedades cerradas o no democráticas. En este tipo de sociedades (iraní, la China de Mao, el régimen nazi) el último punto de referencia está constituido por los criterios prescritos por una persona, grupo social o divinidad concreta.

La solución a un problema en la sociedad abierta ha de ser aceptable por la generalidad. También se dice que ha de ser consensuada, estando reconocido que para que una decisión sea consensuada basta con que sea aceptada mayoritariamente aun cuando existan minorías que, habiéndose podido pronunciar al respecto, no la acepten. Esto es justificar o legitimar decisiones en una sociedad democrática.

Hay medidas especialmente consensuadas, como son las leyes. Su especialidad procede de que es relativamente fácil comprobar dicho consenso dado su proceso de aprobación. Esto también se puede predicar con respecto a las distintas políticas o valores modélicos o ideales existentes en una sociedad, sólo que aquí la prueba es más difícil. Tan sólo hay soluciones aceptadas socialmente, o tratados que las contienen, que, pese a la dificultad, han de ser tenidas en cuenta a la hora de justificar las decisiones. Todo lo cual no impide hablar de estas concepciones o criterios: son evidentes a cualquiera que presta una mínima atención a la realidad social, además de que están presentes en las leyes y por lo mismo se pueden encontrar reflejadas en éstas.

¿Qué posibles tipos ideales de conducta cabe establecer en nuestra sociedad? Obviamente muchísimos. Dependen de la pluralidad de culturas que esté presente en la sociedad concreta considerada y quede relacionada con motivo de la aparición y resolución de un caso. Mucho más en momentos como el actual debido a la heterogeneidad del intercambio cultural y social del que hablábamos en el anterior apartado. Aquí no nos podemos referir a todos, tan sólo vamos a considerar aquellos modelos de conducta que son aceptados como los dominantes en este momento.

b) *Selección de modelos*

Si es posible realizar una cierta aproximación a los valores, es francamente difícil, en cambio, hacer una selección de ideales de conducta, políticas

o, como también se dice, criterios de racionalidad. La dificultad procede del proceso de variación de concepciones sociales por el que estamos pasando y que nos impide otear el horizonte con la suficiente perspectiva. Como sabemos, estamos inmersos en el paso desde la cultura racionalista que discriminaba ideales tajantemente y que cuestionaba que tuvieran tal entidad los ideales pertenecientes a una cultura tradicional por su falta de fundamentación racional, científica o empírica, a una cultura que admite que para sobrevivir se hace necesario atender a todas las culturas, sea cual sea su origen y características, casen éstas o no con el canon liberal. Esto supone atender a que existen e importan una cultura racionalista, liberal, positivista, cientifista o formalista, así como también una cultura cristiana, o una cultura gitana, o una cultura islámica, o una cultura budista, o una cultura sintoísta, entre otras.

Una forma de acotar el terreno es la de considerar que el contexto español en el que se desenvuelven los posibles lectores de este trabajo es el que señala el horizonte de la misma. Esto supone dejar sentado, por ejemplo, que la diferencia cultural católicos-protestantes que tan marcadamente está reflejada en el Ulster aquí no tiene similar relevancia. Con ello, no obstante, no hemos avanzado mucho porque si bien tampoco tienen gran relevancia distinciones como cristiano-islámico, cristiano-budista o cristiano-sintoísta, por ejemplo, la tienen, en cambio, otras diferencias de las que apenas se conocen rasgos característicos. Así, por ejemplo, la distinción cultural atendiendo al ámbito geográfico: ciudad-campo, suburbio-centro, zona residencial-ghetto social. O distinciones como las que se dan entre parados y empleados, pensionistas y asalariados...

Tendría su interés discurrir al respecto pero no es éste el momento. Entendemos que aquí basta la reseña, en forma ejemplar, de que cabe organizar distintos tipos de conducta jurídica, en concreto aplicaciones del Derecho, atendiendo a los diferentes valores, políticas o criterios de racionalidad existentes. Nos vamos a fijar, por tanto, en los más habituales, en los que están presentes en tratados y manuales, sin que ello signifique que no existan otros que, incluso, acaso de hecho sean más importantes. Lo que sucede es que a estos otros no los conocemos con suficiente detalle y por lo mismo no podemos manifestarnos al respecto.

Aquí nos vamos a centrar en el estudio de tres diferentes políticas, mantenidas coloquialmente en forma habitual: la de la eficiencia, la de la imparcialidad y la comunicativa.

Estas expresiones hacen referencia a que hay posiciones dominadas por el principio de la eficiencia o eficacia o el mantenimiento del sistema de

organización social fundado en el mercado, posiciones que por ello no son receptivas para con el hecho de la pluralidad cultural, importándoles tan sólo los individuos en abstracto y las relaciones que mantienen entre sí, especialmente si éstas dinamizan al mercado. Al hablar de imparcialidad se da cuenta de que hay políticas caracterizadas por dicha expresión porque la razón fundamental de la misma reside en que su criterio de acción se basa en la confianza en los criterios elaborados por alguien que está situado tras «un velo de ignorancia»; se diferencia con respecto a las anteriores en que presta atención a la pluralidad, una vez que tienen en cuenta a todos los integrantes de la sociedad, beneficiados y desfavorecidos, sea cual sea la creencia o tradición cultural de la que participen. Finalmente, la expresión política comunicativa hace referencia a las posiciones que, desde variadas perspectivas, asumen el hecho de que la atención a la pluralidad cultural que está presente en nuestra sociedad es el principal criterio a considerar a la hora de establecer pautas ideales de conducta.

Para fijar el contenido ideal de estas políticas se atiende aquí a las convicciones sociales expresadas por concepciones admitidas generalmente, recogidas en forma sistemática por autores significativos cuyas opiniones son de interés a la hora de establecer criterios, dada su aceptación social, una vez que pueden considerarse diferentes alternativas de conducta para con las combinaciones posibles de los mecanismos o recursos que cabe utilizar en la actuación profesional de los juristas que intervienen en los conflictos aquí estudiados. Mecanismos que son, fundamentalmente, leyes, principios y convicciones sociales plasmadas en usos institucionales.

Aquí nos vamos a fijar en dos cosas: primero, su caracterización general como políticas de conducta; segundo, en el énfasis que cada una de ellas pondría, hipotéticamente, en unos u otros mecanismos a utilizar para con los respectivos distintos tipos de conducta que cabe elaborar atendiendo a la política respectiva. Tras la realización de estas consideraciones estaremos capacitados para estudiar las opciones de conducta elegidas en las resoluciones sobre minorías que se analizan posteriormente.

c) *Eficiencia*

Se caracterizan por considerar que una acción está justificada o bien cuando alguien actúa en su propio interés (versión liberal), o bien cuando alguien actúa con el fin de producir la mayor felicidad para el mayor número de personas (versión utilitarista).

La versión utilitarista que estima que alguien actúa moralmente cuando sigue aquellas reglas que, en el caso de que fueran seguidas generalmente, producirían el mayor bien para el mayor número, viene a reducirse a la versión liberal. Ello es así porque, especialmente en estos tiempos de políticas estatales «neoliberales», al establecer dichas reglas quienes las propugnan les dan un contenido próximo al de las reglas del mercado. Éste es el caso cuando, por ejemplo, se refieren a las reglas que prescriben guardar las promesas y evitar la corrupción, una vez que ambas son reglas congruentes con el principio de la mayor felicidad para el mayor número y fundamentales para la pervivencia del mercado. A partir de estas reglas los utilitaristas propugnan la elaboración de códigos morales, que estarán justificados cuando sean los códigos óptimos que, en el caso de ser adoptados y seguidos, maximicen el bien público⁵.

Por todo ello esta versión viene a coincidir con el contenido de la primera, que propiamente no pretende hacer indicaciones o propuestas éticas o morales. Se ocupa únicamente del establecimiento de la sociedad de mercado a través de acciones individuales. En este fin y en eludir la relación con la moral coincide con las posiciones jurídicas positivistas, que no se ocupan de la moral, a no ser en lo relativo a tener presente en última instancia la consideración del principio de autonomía de la voluntad. El positivismo se ocupa tan sólo del perfeccionamiento de las normas o del sistema jurídico como mecanismo formal adecuado para el mantenimiento del mercado y sus reglas. Estas reglas son consideradas reglas fundamentales de la convivencia.

Los autores que propugnan este modelo tienen como objetivo preferente señalar que la mejor regla de conducta es la que está ligada a la promoción del mercado⁶. Es la mejor porque es la que está ligada a terminar cuanto antes con los añadidos externos al mismo, y permitir a los individuos actuar en libertad. Según ellos, las reglas de la libertad económica ejercida por medio de los mecanismos del mercado son las que generan riqueza y empleo fijo. El análisis económico del Derecho asume estas posiciones. Hayek ha defendido estos cri-

⁵ Ésta es la tesis central de los defensores del utilitarismo a lo largo del siglo xx, como se reconoce en GOODIN, R. E., *Utilitarianism as a public philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 7.

⁶ Raz formula una política liberal multiculturalista en la cual, siendo sensible al pluralismo cultural, se manifiesta la preferencia por la promoción del mercado dejando en segundo lugar la participación política: «El liberalismo multicultural requiere de todos los grupos de una sociedad permitir a todos sus miembros el acceso a la igualdad de oportunidades en lo relativo al ejercicio de la libertad de expresión y la participación en la vida económica del país, y el cultivo de las actitudes y hábitos requeridos para una participación efectiva en la cultura política de la comunidad» (RAZ, J., «Ethics in the public domain», *Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 190).

terios⁷. También lo ha hecho Nozick, vindicando una organización social radicalmente libre en la que los jueces decidan intelectual o científicamente⁸. Vienen a proponer las reglas de la libertad económica como patrón de racionalidad buena parte de los defensores de la cultura de los derechos humanos⁹, siguiendo pautas establecidas al respecto por autores racionalistas.

Las tesis fundamentales de la idea de la eficiencia quedan resumidas en las siguientes palabras, obra de un distinguido representante del análisis económico del Derecho como Posner:

«Desde Adam Smith, el término “valor” en economía se ha referido a valor de cambio, valor como medido o al menos medible en un mercado, sea explícita o implícitamente. Del concepto de valor deriva el concepto de salud de la sociedad como la suma de todos los bienes y servicios en la sociedad calculados por sus valores.

Aunque el concepto de valor es inseparable del de mercado, valor no es la misma cosa que precio. El precio de mercado de un bien es su valor para el comprador marginal y los compradores intramarginales lo valorarán más en el sentido de que ellos pagarían más por ello si el precio fuera más alto. La salud de la sociedad incluye no sólo el valor del mercado en el sentido de precio, tiempo, cantidad, de todos los bienes y servicios producidos en él, sino también la plusvalía generada por esos bienes y servicios al consumidor y al productor.

La cuestión más importante a tener en cuenta sobre el concepto de valor es que está basado en lo que la gente está queriendo pagar por algo, más que en la felicidad que ellos derivarían de tenerlo. Valor y felicidad están desde luego relacionados: una persona no compraría algo a no ser que le diera más felicidad, en el sentido utilitario más amplio posible, que es bienes o servicios alter-

⁷ HAYEK, F. A., *Law, legislation and liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 1976, vol. 2, pp. 114 y ss.

⁸ Véase sobre la función intelectual del juez garantizada por los principios: NOZICK, R., *The nature of Rationality*, Princeton, Princeton University Press, 1993, pp. 3-9.

⁹ Lo que no es extraño porque: «Los derechos humanos son un concepto propio del mundo moderno, es decir, aparecen como tales a partir del tránsito a la modernidad, en un conjunto de circunstancias políticas, culturales y sociales dadas. En efecto, no se puede entender su formulación sino en el ámbito de la forma política del mundo moderno, en un proceso cultural de secularización, de racionalismo, de individualismo y de naturalismo, y sin una organización económica, que supera, por un lado, el moralismo de la economía medieval, y, por otro lado, el localismo y los horizontes limitados de los intercambios económicos, con la aparición de los primeros atisbos de la economía capitalista y con el auge social de la burguesía» (PECES BARBA, G., «Los derechos humanos ante problemas clásicos de la Filosofía del Derecho», en *Challenges to law at the end of the 20th century*, 17th IVR World Congress, vol. II, Bolonia, 1995, p. 184).

nativos que él debe dar por ello. Pero mientras valor implica necesariamente utilidad, utilidad no implica necesariamente valor. El individuo que deseara tener algún bien, pero que no quisiera o fuera incapaz de pagar algo por él, no valora el bien en el sentido en que estoy usando el término “valor”.

De forma equivalente, la salud de la sociedad es la satisfacción agregada de aquellas preferencias (las únicas que tienen peso ético en un sistema de maximización de salud) que son respaldadas por dinero, es decir, que son registradas en un mercado. El mercado, sin embargo, no necesita ser explícito. Buena parte de la vida económica está todavía organizada en principios de trueque: así el mercado del matrimonio y otros mercados...»¹⁰.

En un problema como el que aquí consideramos, la elaboración de políticas para la aplicación del Derecho en asuntos donde estén implicadas minorías, cabe decir que este criterio sería el más fácil de aplicar. Puede considerarse aplicado cuando se aprovechen al máximo los recursos legales establecidos, efectuando un aprovechamiento de los mismos que al final genere una mayor riqueza o bienestar general, entendido éste como el máximo de valor económico.

No es fácil llegar al acuerdo acerca de cuándo se ha generado mayor riqueza o bienestar general, a la hora de establecer los criterios al respecto. Una posible hipótesis sería la que expresa que se ha alcanzado un mayor bienestar general cuando se ha realizado una exhaustiva utilización de los textos legales, penales especialmente, también los relativos a la fijación de la responsabilidad civil, cuantificado todo ello numéricamente, lo cual significa que, en lo que aquí nos interesa, para este criterio es indiferente que se satisfagan o no los daños morales sufridos por las minorías y mucho menos el principio de participación de los interesados. Lo fundamental para el criterio es la suma global de bienestar obtenido coyunturalmente con respecto a las decisiones o aplicaciones jurídicas elaboradas. Los principios y usos culturales no tienen importancia: son una traba para el mercado, además de que su uso encarece la fabricación de los productos.

d) *Imparcialidad*

Para esta teoría una acción, en nuestro caso la elaboración de aplicaciones jurídicas, está justificada cuando los principios seguidos en la misma son similares a los que adoptarían para la misma situación unos hipotéticos agentes racionales que actuaran imparcialmente tras un velo de ignorancia.

¹⁰ POSNER, R. A., *The Economics of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, pp. 60 y ss.

Actuar tras un velo de ignorancia significa para esta teoría, cuyo autor más significativo es Rawls, lo siguiente¹¹. Que estos agentes deberían carecer de cualquier conocimiento específico sobre sí mismos, en particular sobre sus deseos, inteligencia y papel social. Deberían tener conocimiento general sobre la sicología humana, la economía y política de la sociedad y la ciencia. Deberían estar interesados por promover racionalmente sus intereses a largo plazo. Deberían investigar cómo acordar con otros los principios que todos ellos seguirían voluntaria y autonómicamente como grupo, o lo que es lo mismo cómo establecer un acuerdo moral o contrato que garantizara los principios que todos ellos suscriben.

Esta política es una actualización del imperativo categórico de Kant, que dice que una acción está justificada cuando puede ser considerada realización de un deber o una regla de acción universal, o, como dice Kant, satisface los imperativos categóricos. Establece que el único bien a considerar es la buena voluntad o la intención de satisfacer la propia obligación. La posición de Rawls es más compleja y por lo mismo menos universal.

Además de lo dicho, el modelo de la imparcialidad está guiado también, como el modelo de la eficiencia, por la voluntad de propiciar el asentamiento del mercado y de sus mecanismos, aunque ello se haga a través del ejercicio de ciertas correcciones en el mercado.

En todo caso su principal interés está centrado en la consideración acerca del procedimiento neutral (imparcial) más adecuado para elegir los mecanismos a introducir en un proceso de decisión, a efectos de que de éste se pueda decir que es imparcial. Da por supuesta la coincidencia de racionalidad y mundo de vida entre todos los individuos del Estado de Derecho que participan en la elaboración del equilibrio de mecanismos. Se preocupa, por ello, no tanto por el mercado o por la propiedad cuanto que por la organización de la sociedad en su conjunto. O, mejor dicho, por la mejor organización del sistema social estadounidense, o del de cualquier otro país que haya alcanzado un similar estado de desarrollo, en sus diferentes vertientes o facetas.

Así Rawls discurre sobre los distintos elementos del sistema, y en su virtud propone una distribución justa de los bienes, que favorezca a los menos favorecidos. Esta distribución ha de ser efectuada desde la posición original de alguien situado en puridad y al margen de los problemas concretos, respetando los principios fundamentales del Estado de Derecho de los países democráticos.

¹¹ Véase, al respecto: RAWLS, J., *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, pp. 23, 22-28.

Rawls habla del criterio de la imparcialidad como el que se propone al que realiza el reparto, y preconiza como regla del mismo la de que se haga una distribución que: 1.º, respete los derechos fundamentales y lo que está dicho en las leyes, y, 2.º, que además, en la medida de lo posible, favorezca a los socialmente más desfavorecidos.

«Los dos principios de justicia que discutiremos pueden ser formulados como sigue: primero, cada persona integrada en una institución o afectada por ella tiene un derecho igual a la libertad más extensa compatible con una libertad similar para todos; y, segundo, las desigualdades, definidas por la estructura institucional o generadas por ella son arbitrarias, a no ser que sea razonable esperar que ellas sean ventajosas para todos y provean que las posiciones y oficios a los que se asignen o por los que ellos puedan ser adquiridos estén abiertos a todos. Estos principios regulan los aspectos distributivos de las instituciones por medio del control de la asignación de derechos y deberes a través de la estructura social total, comenzando con la adopción de una Constitución política en acuerdo con la cual ellos sean aplicados a la legislación. La justicia de la distribución depende de una elección correcta de la estructura básica de la sociedad: su sistema fundamental de derechos y deberes»¹².

Rawls en su *Teoría de la Justicia* especifica los principios de la siguiente forma: «Las personas en la situación inicial elegirían dos principios diferentes: el primero requiere igualdad en la asignación de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo las desigualdades de salud y autoridad, son justas sólo si ellas resultan en compensación a los beneficios de cada uno, y en particular a las desventajas de los miembros menos aventajados de la sociedad»¹³.

Confía en los mecanismos del mercado, pero también sabe que éstos tienen dificultades: comportan desigualdades. Para compensar las desigualdades han de intervenir las instituciones existentes, en nuestro caso los órganos competentes para establecer las aplicaciones del Derecho: jueces y juristas que participen en los casos, que han de actuar atendiendo a la aplicación de los dos principios de justicia.

«Rawls no requiere que el mercado sea abandonado, ello implicaría la desaparición de sus virtualidades. Lo que requiere es que no se atienda únicamente a sus resultados, que se asuman sus características y que, por tanto, no se le permita funcionar por sí mismo.

¹² RAWLS, J., «Distributive Justice», en LASLETT, P., RUNCIMAN, W.G. (eds.), «Philosophy, Politics and Society», third Series (1967), Oxford, Basil Blackwell, 1978, pp. 61 y ss.

¹³ RAWLS, J., *A Theory of Justice*, London, Oxford University Press, 1971, pp. 14 y ss.

Los resultados del mercado han de ser ajustados continuamente por la operación distributiva del principio de la diferencia; adoptándose medidas que sean capaces de mantener el principio de igualdad de oportunidades, así como controlar las tendencias degenerativas del mercado. Especialmente han de desarrollarse instrumentos que reduzcan o contrarresten el crecimiento de los privilegios económicos, con su efecto distorsionante sobre las libertades básicas iguales»¹⁴.

La solución que propone es hacer del mercado la institución principal y propugnar el establecimiento de otras que puedan ser coordinadas con el mercado. Entre ellas sitúa las destinadas a alcanzar el pleno empleo; el pago de pensiones que contribuyan al bienestar: por ejemplo, las que incrementen los ingresos de los trabajadores hasta que alcancen el sueldo mínimo social; las normas antimonopolísticas y la redistribución de ingresos de sociedades y personas por medio de impuestos¹⁵.

Las referidas instituciones, que no entiende como instituciones gubernamentales sino como partes del sistema social, tienen que, por un lado, remediar las disfuncionalidades o debilidades del mercado, a estos efectos sirven las normas antimonopolísticas, o, una vez que el concepto de mercado competitivo exige el que todos tengan igualdad de oportunidades para acceder al mismo, educación pública para todos así como la elaboración de programas contra la discriminación. Dichas instituciones, por otra parte, han de cumplir objetivos derivados de los dos principios de justicia; así el pago de pensiones a los trabajadores para que alcancen el mínimo social ha de considerarse como aquella parte de los ingresos totales de los trabajadores no especializados que es requerida por el principio de diferencia. Otras instituciones, como el principio del pleno empleo, la escuela pública o la redistribución de impuestos han de ser consideradas instituciones que tienen por objetivo tanto el mantenimiento de un mercado abierto y competitivo, cuanto los dos principios de justicia.

Lo más importante es considerar que el conjunto formado por el mercado y por las instituciones que lo complementan, debe ser compatible con los dos principios y tener como tendencia su satisfacción. Si actúan de esta forma ambas instituciones podrán ser consideradas justas.

Este esquema fundamental no ha sido modificado por propuestas más recientes de Rawls, en las que si bien aporta la novedad de aceptar que el horizonte de justicia ha de estar señalado por la visión de una sociedad compleja

¹⁴ MARTIN, R., *Rawls and Rights*, Lawrence, University Press of Kansas, 1985, p. 161.

¹⁵ RAWLS, J., *A Theory of Justice*, cit., pp. 274-284.

en la cual existen «concepciones religiosas, filosóficas y morales opuestas», tales oposiciones son oposiciones razonables, en cuanto que dicha sociedad es «un sistema imparcial de cooperación que se mantiene de generación en generación», sostenido por el «consenso expandido» que consiste en el conjunto de todas las doctrinas opuestas que sobreviven generación tras generación en el marco de un régimen constitucional más o menos justo, en el cual el criterio de justicia es la misma concepción política de justicia¹⁶.

La aplicación de este modelo en los ejemplos aquí estudiados tiene más complejidad que la de los anteriores. Exige de los jueces, tras la satisfacción de los requisitos formales y materiales del Estado de Derecho, un detallado estudio del sistema social en su totalidad, un señalamiento de las reglas de imparcialidad para el mismo, la declaración de quiénes son los más y los menos aventajados de una sociedad, y la propuesta de una composición concreta de los recursos con los que se cuenta (leyes, principios y usos) que satisfaga a todos los miembros de la sociedad en su conjunto, especialmente a los más desaventajados.

Por todo lo cual podemos decir que esta política se preocupará por aceptar la deslegalización que supone la solución imparcial a los problemas jurídicos. Su particularidad reside en que pondrá énfasis en propuestas diseñadas por expertos no juristas, teniendo siempre presente que su aplicación no perjudique a los más desfavorecidos al tener como consecuencia, por ejemplo, una elevación del precio de los productos o acarrear consecuencias negativas para las futuras generaciones. Las aplicaciones imparciales pondrían por ello más énfasis en el establecimiento de soluciones técnicas que en la satisfacción del principio de participación de todos los interesados.

e) *Comunicativa*

La política comunicativa tiene dos versiones: la comunitaria y la propiamente comunicativa.

La primera es la que dice que una acción está justificada cuando es manifestación de la puesta en práctica por parte de una persona de virtudes profesionales y personales que hacen posible el bien común. En este sentido MacIntyre establece la idea de prácticas profesionales, considerando que son las actividades cooperativas dirigidas a la obtención de bienes sociales que no podrían ser obtenidos de otra forma. Estos bienes son característicos de las

¹⁶ RAWLS, J., *Political Liberalism*, cit., pp. 14 y ss.

actividades en cuanto que definen en qué consisten las prácticas profesionales, a diferencia de otros bienes externos que son propios de todas las actividades y que no definen a ninguna práctica especial¹⁷. El bien interno primario de las actividades jurídicas es la justicia social.

Tiene una cierta relación con esta corriente Pérez Luño al definir los derechos humanos con relación a tres ideas: «1.^a iusnaturalismo en su fundamento; 2.^a historicismo en su forma, y 3.^a axiologismo en su contenido»¹⁸. Esto se concreta para él en que: «Las normas jurídicas no pueden concebirse ni explicarse sino con referencia a las sociedades históricas que las producen y a cuya regulación se orientan, ni a los valores que las inspiran y les sirven de medida crítica... Concebir los derechos humanos como totalidad implica un compromiso por no desgajar su significación teórica de su realización práctica. Supone un testimonio de solidaridad con las distintas formas de alienación e injusticia que... todavía subsisten en fenómenos ominosos de agresión y amenaza para los seres humanos. Se trata... de asumir que los derechos humanos son eslabones que postulan un universo interconectado cuyo atributo más notorio es la interdependencia...»¹⁹. En estas posiciones hay, sin duda, una propuesta de interpretación de los derechos humanos para la aplicación del Derecho más compleja que la racionalista, coherente no tan sólo con los principios del mercado sino con la pluralidad de valores y culturas existentes. La relación con las propuestas de MacIntyre procede de que, como aquél, viene a hablar del bien común como fin de la actuación práctica, al decir que es «tarea de la doctrina de los derechos humanos de nuestro tiempo, una elaboración teórica de las libertades encaminada a hacer posible una *universalis civitatis* en la que se consagre plenamente el... *status mundialis hominis*»²⁰.

La política propiamente comunicativa es la que manifiesta que una acción está justificada cuando ha sido realizada atendiendo a los procedimientos democráticos de participación establecidos en las leyes y todas las culturas, incluso las minoritarias implicadas, han tenido la oportunidad de tomar parte de la misma. Pese a que esta apelación a los fundamentos de la democracia

¹⁷ MACINTYRE, A., *Justicia y racionalidad*, Barcelona, Eiuinsa, 1994, p. 372: «Así las teorías de la justicia y de la racionalidad práctica se nos presentan como aspectos de la tradición; la lealtad a las cuales exige la realización de alguna forma de vida más o menos incorporada sistemáticamente, cada una con sus modos propios de relación social, cada una con sus cánones de interpretación y de explicación con respecto al comportamiento de los demás, cada una con sus prácticas valorativas propias».

¹⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 514.

¹⁹ *Ibidem*, p. 542.

²⁰ *Ibidem*.



podría hacer confundir a la versión comunicativa con la versión liberal sobre los derechos humanos, la primera se diferencia de éstas en que pone énfasis en el papel de las diferentes culturas que están presentes en la actuación concreta de las leyes, sin importarle los principios considerados universales, mientras que las otras (Nozick y Locke) se fijan especialmente en la satisfacción formal del principio de autonomía de la voluntad y el establecimiento del mercado.

El modelo comunicativo está guiado por el interés de propiciar el establecimiento del mercado, sin que por ello disminuyan las ventajas logradas por las rectificaciones alcanzadas en sus mecanismos gracias a la implantación de la idea del Estado social de Derecho. Ello, no obstante, no es su objetivo realizar grandes construcciones ligadas a una u otra apreciación acerca de cuáles son los fines de la sociedad; fundamentalmente se ocupa de proponer pautas adecuadas para propiciar, por medio de actividades concretas, la convivencia y comunicación intersubjetiva de las distintas culturas que conviven en los países occidentales. Estima que los procedimientos jurídicos propios del Estado de Derecho promueven, por medio de la comunicación que propicia el objetivo de alcanzar el consenso, regla fundamental del Estado de Derecho, el entendimiento entre todas las culturas, si bien para cada acción concreta han de tenerse en cuenta las propuestas hechas por los distintos métodos de conocimiento admitidos como tales por nuestra cultura. Esta posición es defendida por Habermas.

Habermas propone atender a todo tipo de argumentos que confluyen en un caso concreto: respeto a los criterios recogidos en textos legales, principios y usos, seguimiento del procedimiento de aplicación del Derecho y atención a los criterios de conocimiento provenientes de otras disciplinas. En general no propone la satisfacción de un contenido material determinado sino el que se vea más adecuado para el caso concreto, atendiendo a las características del caso y, muy especialmente, a la voluntad de los que participen en su resolución.

Ello es así porque: «en la modernidad la filosofía ya no es quien para prejuzgar la pluralidad y multiplicidad de proyectos individuales de vida y de formas de vida colectivas, precisamente porque el modo de vivir queda enteramente en manos de los individuos socializados y sólo puede ser enjuiciado desde la perspectiva del participante mismo, precisamente por eso aquello que podría convencer a todos se retrae y reduce al procedimiento de formación racional de la voluntad común»²¹.

²¹ HABERMAS, J., *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 168.

Se propugna por ello, como expresábamos, una consideración detenida del caso concreto, atendiendo también a los datos estudiados por encuestas y estudios sociales, que detectan las necesidades culturales de los sujetos cuyas conductas vayan a ser regidas por la aplicación del Derecho. Pero el procedimiento fundamentalmente se preocupa de que todos los interesados participen en el proceso de aplicación del Derecho²²

Todo ello trae como consecuencia para nuestro caso lo siguiente. Se ha de atender a conocer con el mayor detenimiento posible las circunstancias que rodean a la elaboración de la aplicación, las notas del lugar, las características culturales, las estadísticas relativas a los datos de la población, la situación del mercado, el tipo de necesidades del sujeto concreto para el que se confecciona la aplicación, los textos legales, y muy especialmente lo que reconozcan, aceptándolo, los distintos representantes de los que participan en la elaboración de la concreta aplicación jurídica.

Así, concluyendo, las políticas comunicativas en su faceta comunitaria se ocuparán de preconizar una actuación profesional ajustada al bien común. En este sentido vendrán a coincidir con las propuestas iusnaturalistas referidas a valores. En su faceta propiamente comunicativa se ocuparán únicamente de que sea asegurada en cada decisión concreta la participación de todos los implicados. Para los primeros las aplicaciones del Derecho establecerán medidas que cuenten con las cualidades propias ideales de los profesionales, la justicia social o los derechos universales. Para los segundos, en cambio, las decisiones deberán satisfacer los procedimientos de participación de los interesados, tengan o no conocimiento sobre la materia, respetándose, en todo caso, el ordenamiento en su conjunto.

f) *Prelación de modelos*

Los principios establecidos han quedado consignados como algunos de los más importantes que pueden jugar algún papel en una hipotética elaboración de aplicaciones judiciales del Derecho. Como se decía al seleccionar los modelos, obviamente otros más son posibles, los expuestos son los más generales, a la vez que los admitidos o reconocidos en mayor medida.

Cabe pensar en la preferencia de unos u otros para con supuestos concretos, pero ello sólo es posible ante los supuestos, *a priori* no es posible decidir sobre tal virtualidad. Dependerá del supuesto, del tipo de procedimiento esta-

²² HABERMAS, J., «Faktizität und Geltung», *Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, p. 89.

blecido para su resolución, de la cantidad de información que se disponga para con cada caso, de los partidarios que consigan obtener uno u otro criterio...

Así como dichos principios encuentran fundamento en las convicciones políticas concretas de nuestra cultura, también desde una perspectiva jurídica cualquiera de los criterios presentados puede ser justificado. Cada uno de ellos encuentra recogida su caracterización y ha sido aceptado por los tratadistas que han sistematizado el ordenamiento atendiendo a las preferencias observadas por el sistematizador. No es éste el momento de entrar en ello, pero sí cabe advertir que, sin duda alguna, el tipo de aplicación jurídica elaborada dependerá de todas las complejas características presentes en el caso de que se trate, con independencia de lo señalado por el ordenamiento en abstracto.

IV. LOS CASOS

1. LOS HECHOS

A) EL ASUNTO DE MANCHA REAL

a) *Los conflictos*

En la población jienense de Mancha Real sucedió en mayo de 1991, un acontecimiento que tuvo amplia resonancia informativa. Según se recoge en la sentencia²³ que resolvió acerca del conflicto, tras una reyerta entre «gitanos» y «castellanos», en la que murió uno de los últimos, un numeroso grupo de habitantes de Mancha Real, dirigido por sus representantes municipales, alcalde a la cabeza, se manifestó a favor de la expulsión de los ciudadanos gitanos del pueblo. Al mismo tiempo que se produjo la manifestación, de carácter ilegal, se asaltaron las viviendas de los gitanos, se quemaron algunas y varios automóviles de su propiedad. Los gitanos fueron expulsados.

La manifestación se produjo tras la celebración de un Pleno del Ayuntamiento en el que se acordó, por unanimidad, lo siguiente: «... la repulsa más enérgica del Ayuntamiento hacia quienes reiteradamente han venido atentando

²³ Sentencia 105/1992, de 23 de octubre, de la Audiencia Provincial de Jaén. Ha sido estudiada en: GALINDO, F., «Derecho y minorías», en *Justicia, Solidaridad, Paz*, Estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz, vol. I, Valencia, Depart. de Filosofía del Derecho, 1995, pp. 145-166.

contra la seguridad de la población, pidiendo que abandonaran voluntariamente el término municipal en beneficio de la comunidad», «adherirse y solidarizarse con el sentimiento de la población a la realización de una concentración pacífica... y recorrido de diversas calles pidiendo que voluntariamente abandonen el término municipal todas estas personas, cuya conducta atenta directamente contra el desenvolvimiento pacífico de la vida en esta población, que pueden ser calificados de ladrones y asesinos». La pancarta que encabezaba la manifestación, portada por la Corporación Local, decía: «Ladrones y asesinos fuera del pueblo». Al final de la manifestación el Alcalde, desde el balcón del Ayuntamiento, dijo a los participantes: « “os aseguro que las próximas movilizaciones que se realicen pueden ser más violentas si no se acaba de una vez con la inseguridad ciudadana”»; comenzando a dar nombres, apellidos y apodos de personas que consideraba que eran delincuentes y había que echar de Mancha Real...», según dice textualmente la sentencia.

b) *La sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén*

Con respecto al asunto se instruyó un único sumario por los delitos de incendio, daños y manifestación ilícita, en el que los acusados fueron tanto parte de los integrantes de la manifestación, cuanto que los que causaron los daños. Tras la realización de las pruebas pertinentes y celebrado el juicio oral, demostrada su responsabilidad, los acusados fueron condenados a varias penas (destierro y prisión menor en diferente grado), así como al pago de la correspondiente indemnización por daños.

c) *La sentencia del Tribunal Supremo*

El Tribunal Supremo resolvió²⁴ incrementar la pena del Alcalde de Mancha Real al considerarle autor responsable de un delito continuado de daños, lo que no había sido considerado por la Audiencia de Jaén.

B) EL ASUNTO DE FRAGA

a) *Los conflictos*

En el verano de 1992, el 26 de junio por la noche, un numeroso grupo de ciudadanos de Fraga, armados con palos, porras, barras de madera y otros obje-

²⁴ Sentencia núm. 1.360/1994, de 2 de julio, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo.



tos, se desplazaron a distintas instalaciones municipales en las que residían unos ochocientos inmigrantes magrebíes que habían acudido al lugar para trabajar en labores de recolección de frutos. El desplazamiento tenía por objeto golpear a los inmigrantes y expulsarlos de los lugares que ocupaban. Como resultado de la acción resultaron lesionados gravemente seis inmigrantes. Además, los magrebíes se marcharon de Fraga.

b) *La sentencia del Juzgado Penal de Huesca*

El Juzgado Penal de Huesca condenó²⁵ a doce de los fragatinos participantes en la pelea, en cuanto responsables de un delito de lesiones con uso de instrumentos peligrosos, acusada brutalidad y pérdida de miembro concurriendo en todos ellos la circunstancia atenuante de embriaguez y la agravante de cuadrilla a la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y el derecho de sufragio activo y pasivo y a la indemnización civil correspondiente a los seis inmigrantes.

c) *La sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca*

Desestimó el recurso de apelación interpuesto por los condenados en la sentencia del Juzgado²⁶.

2. LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS

A) EL ASUNTO DE MANCHA REAL

a) *La sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén*

En la sentencia se exterioriza una actuación jurídica ajustada al clásico mecanismo de subsunción: dados unos hechos, que se consideran probados, atendiendo a lo prescrito en los textos legales correspondientes, se estipuló para con cada reo la pena adecuada a juicio de la Audiencia Provincial de Jaén. Se consideró probado el atentado contra los derechos fundamentales: libertad de residencia y la realización de daños físicos y morales a las personas y a las pertenencias de las familias gitanas contra las que se produjeron las alteraciones. En concreto fueron calificadas como acciones contrarias a la libertad de residencia, manifestación ilícita, delito de daños continuados, e incendios.

²⁵ Sentencia núm. 81/1994, de 28 de febrero, del Juzgado de lo Penal de Huesca.

²⁶ Sentencia núm. 141/1994, de 10 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Huesca.

La sentencia es escueta. En ningún párrafo se hace referencia a la vida diaria del municipio de Mancha Real, ni a las razones por las que la convivencia en el pueblo había llegado a destruirse hasta ese punto (buena parte de los procesados eran los maestros del pueblo), ni a otras vulneraciones de los derechos humanos sucedidas con anterioridad. Se dispone en la sentencia penas para los causantes de los daños, e indemnizaciones a los gitanos por los daños materiales y morales sufridos. Entraron en juego, por tanto, los principios de seguridad jurídica relativos al respeto a las personas y los bienes de los ciudadanos, así como al derecho de manifestación.

En concreto. En la sentencia de la Audiencia de Jaén se indica que el fiscal calificó los hechos como constitutivos de los siguientes delitos: el hecho 1.º como «A) Un delito cometido por funcionario público contra el ejercicio de los derechos de la persona del artículo 189 del Código Penal [El funcionario público que, fuera de los casos permitidos por las leyes, desterrar a cualquier persona o la compeliere a mudar de domicilio o residencia será castigado con la pena de destierro y multa de 100.000 a 500.000 pesetas]; B) Un delito de manifestación ilícita del artículo 167, números 1.º y 2.º, y párrafos 3.º, 4.º y 5.º; artículos 168 y 171 del Código Penal; C) Un delito de daños continuado de los artículos 557 y 558, número 4, en relación con los artículos 69 bis y 167, párrafo último, del Código Penal. El hecho 2.º es constitutivo de un delito continuado de incendio del artículo 549, número 2, en relación con el 69 bis del Código Penal. Y el hecho 3.º es constitutivo de un delito de incendio del artículo 550, número 2 del Código Penal». En esta calificación vino a coincidir la acusación particular. La defensa estimó que los hechos constituían daños sin autor conocido «sin que proceda imposición de pena alguna, puesto que no hay prueba alguna de los hechos», y para con determinados acusados los hechos eran constitutivos de un delito de incendio, artículos 552 y 69 bis del Código Penal y falta de incendio del artículo 595. Todas las partes propusieron se tuvieran en cuenta distintas agravantes y atenuantes de la responsabilidad penal, así como tomaron posición con respecto a la responsabilidad civil de los participantes derivada de los respectivos delitos.

En las apreciaciones del Fiscal coincidió en general la Audiencia en su sentencia en cuanto consideró que habían sido probados los hechos que las generaron. En la sentencia se matizó la responsabilidad penal y civil concreta de cada uno de los participantes en los hechos.

b) *La sentencia del Tribunal Supremo*

La Sentencia de la Audiencia de Jaén fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo por los procesados, la acusación particular y el Fiscal.

El Fiscal discrepó, especialmente, en la circunstancia de que la Audiencia estableciera una indemnización civil para un particular sin que ella hubiera sido pedida ni por el Fiscal ni por la acusación particular. Ello fue aceptado por el Tribunal Supremo.

La acusación particular propuso que el Alcalde de Mancha Real debía también responder por el delito de daños. El Tribunal Supremo estimó el recurso porque pese a que él personalmente no los realizó ni hubo acuerdo acerca de su realización, incitó a ellos «pues el Alcalde se dirigió a la turba en forma directa, es decir, sin ninguna intermediación». También «por el impulso dado a los demás mediante el uso indebido de su autoridad sin someterse al derecho vigente y contribuyendo al desorden y a la inseguridad de los bienes y las personas». «Dado que el Alcalde tuvo una auténtica preponderancia del dominio de la decisión que condujo a los hechos, se le debe considerar como autor mediato de los daños... todas las consecuencias generadas por el impulso psicológico de la muchedumbre resultaban alcanzadas por el dolo del Alcalde. A ello se debe agregar... que la utilización en forma contraria al deber de su autoridad, para lanzar proclamas que aprobaban la acción contra determinados vecinos, al tiempo que postulaban la responsabilidad de un grupo étnico respecto de un hecho individual, constituye en las circunstancias del caso un verdadero superdominio del hecho de los autores inmediatos, fundado en la posición de autoridad del Alcalde». Por ello, el Tribunal Supremo incrementó la pena del Alcalde.

Los recursos de los procesados fueron desestimados.

B) EL ASUNTO DE FRAGA

a) *La sentencia del Juzgado Penal de Huesca*

El Juzgado, en una sentencia de contenido formal similar a la de la Audiencia de Jaén, aceptó la calificación de los hechos dada por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, referida a que eran constitutivos de un delito de lesiones de los artículos 420 y 421, 1.º y 2.º, del Código Penal, concurriendo las circunstancias atenuante de embriaguez y la agravante de cuadrilla. Estableció también la correspondiente indemnización por responsabilidad civil.

El Juzgado no aceptó las propuestas de una de las defensas que calificaban los hechos inicialmente como no constitutivos de delito alguno, después como constitutivos de una falta de lesiones del artículo 582 del Código Penal, de la que eran responsables tres de los acusados, concurriendo las atenuantes

de embriaguez y estado pasional. Tampoco aceptó la propuesta de otro de los abogados defensores que inicialmente calificó los hechos como no constitutivos de delito y después para tres de sus defendidos como constitutivos de un delito de imprudencia del artículo 565 del Código Penal concurriendo las circunstancias atenuantes 2.^a, 4.^a y 8.^a del artículo 9 del Código Penal.

b) *La sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca*

Apelada la sentencia por los acusados al entender que en el procedimiento se habían quebrantado las normas y garantías procesales, incluso varios derechos constitucionales, además del de haberse producido error en la valoración de las pruebas, fue desestimada por la Audiencia Provincial de Huesca.

V. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Como ha podido observarse en la aplicación del Derecho, en los casos considerados la política seguida puede calificarse como estrictamente positivista. Se siguieron las pautas jurídicas establecidas para procesamientos de carácter penal ocurridos con hechos protagonizados por cualquier ciudadano. Se aplicó el principio de igualdad ante la ley. En modo alguno se atendió a la circunstancia de que los perjudicados formaban parte de grupos étnicos que sufrieron graves perjuicios.

La pregunta que cabe plantear es la siguiente. ¿Están presentes en las resoluciones estudiadas todas las valoraciones que se tuvieron en cuenta en los procedimientos que terminaron con las resoluciones o las aplicaciones del Derecho estudiadas? De ninguna forma. En todo caso, como hemos podido observar, no se apreció otra política para con las minorías distinta a la de la compensación económica por los daños sufridos, o la apreciación hecha por el Tribunal Supremo en el caso de Mancha Real acerca de que debía agravarse la responsabilidad del Alcalde, entre otras cosas, porque él y sus conciudadanos en sus acciones «postulaban la responsabilidad de un grupo étnico respecto de un hecho individual», constituyendo ello, junto a otras cosas, «un verdadero superdominio del hecho de los autores inmediatos, fundado en la posición de autoridad del Alcalde».

Es más. Pese al reconocimiento hecho por todos los participantes en los respectivos asuntos respecto a la circunstancia de que los gitanos de Mancha Real y los magrebíes de Fraga fueron desplazados con motivo de lo sucedido,

en ningún caso se alegó argumentos recogidos también en el Código Penal, que establecían mayores sanciones, dispuestos para fenómenos similares a los acontecidos en los casos estudiados. Argumentos que, de haberse defendido por alguien, hubieran ampliado el ámbito de enjuiciamiento y, por consiguiente, incrementado la posibilidad de atender a las características particulares de los respectivos problemas.

En concreto nos referimos a lo siguiente. El Código Penal establece, en su artículo 137 bis, lo siguiente: «Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, racial o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1.º Con la pena de reclusión mayor si causaren la muerte, castración, esterilización, mutilación o lesión grave a alguno de sus miembros.

2.º Con la de reclusión menor si sometieren al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud.

En la misma pena incurrirán los que llevaren a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro».

¿Qué tipo de política rige las aplicaciones de Derecho estudiadas? Revisando lo expresado en el anterior apartado es la de la eficiencia la que ha regido en las resoluciones e incluso las actuaciones que antecedieron a las mismas. Lo justifica todavía más la circunstancia de que no se tomara en consideración este último artículo del Código Penal que hubiera agravado notablemente las penas. ¿Es justo ello o no? La apreciación dependerá de quien considere defendible uno u otro tipo de ideal de acción: en su virtud puede ser considerada justa o injusta. Se deja al lector la apreciación al respecto.

En cualquier caso es grave el que un numeroso grupo de juristas como los que han tomado parte en estos dos asuntos no hayan hecho mención en momento alguno, siquiera en forma secundaria o colateral para reforzar posiciones propias, a argumentos establecidos desde los otros tipos de política expresados con anterioridad. Podían haberse referido, por ejemplo, a que pueden resolverse los problemas sociales que originaron las sentencias con el auxilio de actividades y mecanismos distintos al Derecho, como pueden ser la Educación, la Economía, la Psicología, las técnicas de investigación criminal..., siempre y cuando sean consentidas o se utilicen en forma respetuosa con la pluralidad cultural, democrática, plasmada en leyes, procedimientos, princi-



pios y usos sociales. La gravedad se deriva de la circunstancia de que de no utilizarse estos argumentos por los profesionales del Derecho en el ejercicio de sus funciones en alguna ocasión, siquiera sea para manifestar que es preciso un cambio legislativo, difícilmente se podrá luchar con la indiferencia social que, en el fondo, existe para con sucesos como los descritos, en los que están afectadas minorías que no son tratadas igualmente cuando se adoptan soluciones jurídicas formales equiparables a las adoptadas para con respecto a la mayoría.

Recientes acontecimientos dan pruebas de que quien juzgue a estas decisiones como injustas está fundamentado. Ello es así porque recientemente se ha producido un cambio legislativo de importancia en esta materia en cuanto que aboga por contemplar especialmente a las minorías étnicas. El cambio consiste en que se ha incluido en el Código Penal una nueva circunstancia agravante: la de la comisión de delitos por motivos «racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima»²⁷.

Regulación que, de todas formas, siempre resultará limitada si los juristas no cambian sus hábitos de trabajo e introducen racionalidades coherentes con la pluralidad cultural, como las que hemos señalado. Es de esperar que la Ley del Jurado, que tiene como fin introducir en el ámbito de la justicia la opinión de los ciudadanos, contribuya a modificar los hábitos presentes en este modo «eficiente» de hacer justicia.

VI. CONCLUSIÓN

Es por lo que, intolerancia y técnica jurídica, aplicación del Derecho e incluso aplicación del principio de igualdad ante la ley pueden constituirse como principios compatibles en la actuación habitual del Derecho, como ha quedado aquí reseñado en forma ejemplar.



²⁷ Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo: Capítulo IV: «De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal». 10. Son circunstancias agravantes: 17. Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima.